

De NMa heeft onlangs vijf thuiszorginstellingen forse boetes opgelegd. Hoewel het sinds de laatste wijzigingen van de Mededingingswet (Mw) per 1 oktober 2007 namelijk wel mogelijk is om de bestuurders en toezichthouders persoonlijk te beboeten, heeft de NMa daar in dit geval van af gezien. In de praktijk blijkt dat overtreding van de Mededingingswet een sluipend gevaar is dat op elk niveau binnen de instelling kan plaatsvinden.

Juridisch | Eric Janssen en Melanie Breedveld

NMa deelt forse boetes uit in de zorg

Een passend antwoord voor de toenemende marktwerking in de zorg

De Mededingingswet ziet niet alleen toe op concentratiecontrole (bijvoorbeeld bij overnames en fusies) maar ook op het voorkomen van kartelvorming. In de branche waarin concurrentie een steeds grotere rol gaat spelen, neemt het belang van handhaving van artikel 6 Mededingingswet (het kartelverbod) toe. In dit artikel wordt uitgewerkt welke middelen de bestuurders en toezichthouders hebben om risico's te beperken en eventuele persoonlijke claims van de NMa te voorkomen.

Boete voor thuiszorginstellingen

Op 19 september 2008 heeft de NMa twee besluiten genomen waarbij in totaal vijf thuiszorginstellingen zijn beboet.

De raad van bestuur van de NMa heeft in een lezing voor de zorgsector op 8 oktober jl. meegedeeld dat het ingrijpen van de NMa in de zorgsector niet bij deze twee besluiten stopt. Volgens de raad van bestuur heeft de NMa diverse signalen van andere vergelijkbare - verboden - gedragingen ontvangen. Ook lopen er volgens hem nog meer onderzoeken.

Kennemerland (NMa besluit 6108)

In deze zaak hadden twee thuiszorginstellingen in de regio van het zorgkantoor Kennemerland de markt geografisch in twee delen verdeeld. Eén thuiszorginstelling richtte zich op het gebied ten zuiden van het Noordzeekanaal en de andere thuiszorginstelling richtte zich op het gebied ten noorden daarvan. Verder werden de cliënten tussen de zorginstellingen verdeeld. Partijen hadden aangevoerd dat het niet efficiënt was om aan beide zijden van het Noordzeekanaal thuiszorg aan te bieden. Met de gebiedsverdeling beoogden de zorginstellingen de kwaliteit van de zorg te verbeteren en tevens wijkgerichte zorg te realiseren. De NMa deelt het standpunt van de zorginstellingen niet. Volgens de NMa is de gebiedsverdeling niet noodzakelijk om de gestelde doelen te bereiken. Verder wijst de NMa erop dat ondernemingen er om hun moverende redenen



'Ondernemingen hoeven om efficiencyredenen geen zorg te verlenen die te ver verwijderd is van de zorginstelling, maar zij mogen er geen afspraken over maken'

zelfstandig voor kunnen kiezen om uit efficiencyredenen geen zorg te verlenen die te ver verwijderd is van de zorginstelling. Maar het gaat te ver daar met andere ondernemingen afspraken over te maken.

Thuiszorg 't Gooi (NMa besluit 5851)

De drie zorginstellingen in deze zaak hadden de NMa in 2005 meegedeeld dat zij wilden fuseren. Nadat de NMa voor deze fusie een vergunning verlangde, werd de fusie afgeblazen. De zorginstellingen wilden echter nog steeds intensief samenwerken. Daarom werden activiteiten aan elkaar overgedragen. Hierdoor ontstond er volgens de NMa een strakke werk- en gebiedsverdeling in 't Gooi. Een van de drie zorginstelling bood de meeste huishoudelijke verzorging in de hele regio aan, terwijl de twee andere zorgin-

stellingen zich uitsluitend toededen op verpleging en verzorging bij cliënten thuis en in een eigen gebied binnen de regio. Verder hadden deze laatste twee zorginstellingen afgesproken dat zij niet in elkaars werkgebied actief zouden worden. Ook verwezen de zorginstellingen cliënten naar elkaar door. Volgens de NMa werd dit gedaan om de werk- en gebiedsverdeling in stand te houden. De zorginstellingen voerden aan met hun handelwijze uitsluitend geïntegreerde zorg- en dienstverlening in een woondienstenzone te hebben willen vormgeven.

De NMa is echter van mening dat de zorginstellingen tot doel hadden om de concurrentie tussen hen te beperken. De twee zorginstellingen die zich hadden toegelegd op verpleging en verzorging thuis en in een eigen gebied binnen de regio hadden nog aangevoerd dat het niet efficiënt is

om ver buiten de intramurale instelling thuiszorg aan te bieden. Met een vergelijkbare redenering als in de zaak van de zorginstellingen in het Kennemerland verwerpt de NMa dit argument. Het staat ondernemingen vrij om uit efficiencyredenen geen zorg te verlenen die te ver verwijderd is van de zorginstelling, maar zij mogen er geen afspraken over maken.

NMa te kort door de bocht?

Zoals uiteengezet volgt de NMa in de hiervoor besproken zaken de zorginstellingen niet in hun stelling dat zij niet de bedoeling hadden de mededinging te beperken. De vraag is of de NMa de stelling voldoende gemotiveerd heeft verworpen. Recent heeft het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (CBB 6 oktober 2008 LJN BF8820) namelijk bepaald dat de NMa niet uit mag gaan van aannames en denkbeelden. Het Nederlands Instituut van Psychologen (NIP), de Nederlandse Vereniging van Vrijgevestigde Psychotherapeuten (NVVP) en de Landelijke Vereniging van Eerstelijns Psychologen (LVE) hadden onder andere prijsadviezen gegeven aan de leden. De NMa was van mening dat dit in strijd was met de Mededingingswet en had een boete opgelegd. De NIP, NVVP en LVE waren het hier niet mee eens, omdat de prijs geen relevante concurrentieparameter was. De NMa had deze stelling verworpen en simpelweg aangenomen dat door het prijsadvies de mededinging was beperkt. Het CBB volgt de NMa hierin niet. De NMa had onderzoek moeten doen naar de juridische en economische context en mag niet uitsluitend varen op aannames.

Wie kan in strijd met de Mededingingswet handelen?

De in de Mededingingswet verboden gedragingen zullen in de praktijk worden uitgevoerd door functionarissen die gerechtigd zijn voor de onderneming te handelen. Dit is niet beperkt tot alleen de leden van de raad van bestuur of de directie, maar kan ook opgaan voor (bijvoorbeeld) de (zorg)managers of locatiedirecteuren. De interne juridische verhouding of rolverdeling is van ondergeschikt belang; de NMa kijkt naar de feitelijke situatie. Daarom is het van groot belang om zicht te krijgen op het mededingingsrechtelijke reilen en zeilen binnen de onderneming. Zeker als daarbij nog in ogenschouw wordt genomen dat de NMa zich, met de wijziging van de Mededingingswet, niet meer alleen op de onderneming of instelling zelf richt, maar nadrukkelijk ook op diegenen die feitelijk handelen. De NMa heeft sinds 1 oktober 2007 de wettelijke mogelijkheid om zowel de instelling als de natuurlijke personen aan te spreken én te beboeten (oplopend tot maximaal € 450.000). In een eerder nummer van *Zorgmarkt* (nr. 1, februari 2008, pg. 42) werd al aandacht besteed aan de laatste wetswijziging en de persoonlijke beboeting van de opdrachtgevers en feitelijk leidinggevers. Duidelijk is dat de NMa de natuurlijke personen niet (meer) buiten schot houdt en diegenen die actief of passief betrokken zijn bij een mededingingsrechtelijk verboden gedraging ook hard

kan aanpakken. In de hiervoor genoemde lezing voor de zorgsector waarschuwt de raad van bestuur van de NMa zorgmanagers hier ook uitdrukkelijk voor.

Persoonlijke clementie

Omdat natuurlijke personen nu rechtstreeks door de NMa kunnen worden aangesproken, hebben zij tegelijkertijd ook de mogelijkheid gekregen om voor zichzelf (op persoonlijke titel) clementie te vragen bij de NMa. De nieuwe Clementierichtsnoer van de NMa voorziet hierin. De zorgmanager of locatiedirecteur die zich schuldig heeft gemaakt aan schending van het kartelverbod of daar (al dan niet passief) bij betrokken is geweest, zal een persoonlijk verzoek willen doen om boete-immuniteit of boetevrijstelling te verkrijgen. De natuurlijke persoon die voor de NMa vreesst, heeft hier ook een direct financieel belang bij, waarbij het belang van de zorginstelling op de tweede plaats kan komen te staan. Als de natuurlijke persoon namelijk als eerste clementie vraagt bij de NMa kan de instelling zelf geen boete-immuniteit meer krijgen!

Boekenonderzoek

De hierboven besproken boetebesluiten van de NMa in de zorgsector laten zien dat de zorginstellingen rekening moeten houden met boetes indien zij de Mededingingswet overtreden. Zorginstellingen hebben er dus belang bij om tijdig actie te ondernemen en eventuele 'misstappen' op te sporen. Door middel van zowel een uitgebreid boekenonderzoek als interviews met geselecteerde medewerkers, managers en bestuurders kan worden vastgesteld of er in de organisatie sprake is van (onbewuste) overtreding van de Mededingingswet. Om een zo volledig mogelijk beeld te krijgen, is het raadzaam om de computerbestanden in het onderzoek te betrekken.

Mocht blijken dat de Mededingingswet is overtreden, zal nagegaan moeten worden of het raadzaam is zo snel mogelijk clementie te vragen. Uiteraard zullen ook maatregelen genomen moeten worden om herhaling te voorkomen. Hierbij kan worden gedacht aan het invoeren van een complianceprogramma.

Complianceprogramma

Maar ook als blijkt dat er eigenlijk geen vuiltje aan de lucht is, is het verstandig om toch een op maat gemaakt complianceprogramma te hanteren, zodat het ook in de toekomst goed blijft gaan. Een complianceprogramma is een middel om de organisatie bewust te maken van het belang de Mededingingswet correct na te leven. Met het complianceprogramma wordt niets anders bedoeld dan de inspanningsverplichting van de ondernemer of de instelling om zijn onderneming over de gehele linie binnen de regels van de wet of van de branche te houden. Hier hoort het opstellen van gedragsregels (code of conduct) bij, waarin wordt beschreven wat over en weer van elkaar wordt verwacht; wat is wenselijk gedrag en wat wordt er niet getolereerd. Maar alleen het opstellen van gedragsregels zelf is niet vol-

‘De recente boetebesluiten van de NMa tonen aan dat zorginstellingen rekening moeten houden met boetes als zij de Mededingingswet overtreden’

doende. Gedragsregels zullen ook uitdrukkelijk op alle medewerkers van toepassing moeten worden verklaard. Dit kan door middel van incorporatie in de arbeidsovereenkomst. Wordt er niet via een arbeidsovereenkomst gewerkt, maar via (bijvoorbeeld) een management-BV en een overeenkomst van opdracht, dan zullen ook in die verhouding de gedragsregels geïncorporeerd moeten worden. Dit is te realiseren door de gedragscode te incorporeren in de overeenkomst van opdracht én deze ook ter hand te stellen.

Het is verstandig om in een complianceprogramma aandacht te besteden aan procedureregels, zoals een interne meldings- of rapporteringsverplichting. Daarin kan worden bepaald onder welke omstandigheden een medewerker verplicht is om de werkgever tevoren op de hoogte te stellen van het voornemen om bij de NMa te gaan melden. Het goed werknemerschap kan met zich brengen dat de medewerker altijd eerst intern moet melden; dit kan nog eens in het complianceprogramma worden benadrukt en verzwaaard met arbeidsrechtelijke sancties in geval van overtreding van de meldingscode.

Van zo'n interne meldingsplicht gaat een preventieve werking uit en kan voor de instelling als groot voordeel hebben dat zij daardoor als eerste de NMa kan benaderen en voor de gehele onderneming, inclusief de medewerkers, clementie ('blanket leniency') kan vragen.

Procedureregels kunnen ook betrekking hebben op het stappenplan: wat te doen als de NMa voor de deur staat, of de medewerking aan een onderzoek van de NMa. Gedraagt de medewerker zich in strijd met de procedureregels, dan handelt hij daardoor wellicht opzettelijk of bewust roekeloos. De werkgever kan de medewerker vervolgens aansprakelijk houden voor de daaruit voortvloeiende schade (artikel 7:661 BW). Een complianceprogramma zal pas effect hebben als de medewerkers ook continu worden gewezen

op het belang van de correcte naleving van het complianceprogramma. Continue interne educatie is hierbij een belangrijk onderdeel. Wordt de naleving van het complianceprogramma opgenomen als onderdeel van het beoordelingssysteem, dan wordt daardoor automatisch (jaarlijks) aandacht gevraagd voor dit onderwerp. De kans dat het complianceprogramma in de vergetelheid raakt, is daardoor kleiner.

Ten slotte

De recente boetebesluiten van de NMa in de zorgsector tonen aan dat zorginstellingen rekening moeten houden met boetes als zij de Mededingingswet overtreden. Daarnaast moeten ook toezichthouders, directieleden en verder iedereen die binnen de zorginstelling feitelijk leiding geeft, in het vervolg rekening houden met persoonlijke boetes. Zij hebben er dus het grootste belang bij dat de onderneming "NMa-proof" is. Het is raadzaam na te gaan of de Mededingingswet in het verleden altijd juist is nageleefd. Mocht dit niet het geval zijn, dan moet overwogen worden clementie te vragen. Ook naar de toekomst toe is het raadzaam actie te ondernemen, bijvoorbeeld door het invoeren van een complianceprogramma. Naast het invoeren van een dergelijk programma kan het geen kwaad om de kennis van de medewerkers over de Mededingingswet op peil te houden en periodiek op te frissen. Tot slot kan er nog gedacht worden aan het houden van periodieke steekproeven. Alles bij elkaar is er geen reden voor zorg, maar voor waakzaamheid! |

Eric Janssen is advocaat mededingings- en Europees recht.

Melanie Breedveld is advocaat arbeidsrecht. Beiden zijn werkzaam bij Dirkzwager advocaten & notarissen N.V. te Nijmegen en houden zich onder andere bezig met mededinging en compliance in de zorg.



Interim-management: Had u een andere keuze?

de Veghte

MANAGEMENT EN LEIDERSCHAP IN DE ZORG

www.deveghte.nl

[v/h Plexus Interim]